

## 憲法議会における牧野英一：「生存権」原理の再確認

著者	高橋 彦博
出版者	法政大学社会学部学会
雑誌名	社会労働研究
巻	36
号	3
ページ	1-44
発行年	1989-12
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/5845">http://hdl.handle.net/10114/5845</a>

# 憲法議會における牧野英一

——「生存権」原理の再確認——

高橋彦博

## 目次

- 一 憲法議會としての第九〇回帝國議會
  - 二 貴族院本會議における高柳賢三と南原繁
  - 三 貴族院本會議における牧野英一の論調
  - 四 「法律の社会化」としての「生存権」の確認
  - 五 非常時立法体系における「生存権」の転回
  - 六 「生存権」と個人主義的自由主義
- 結びとして——

## 一 憲法議會としての第九〇回帝國議會

憲法議會となつた第九〇回帝國議會は、第二次世界大戰終了後三度目の帝國議會であつた。一回目は、一九四五年九月四日に召集され九月六日に閉会となつた会期二日の第八八臨時議會であり、終戦に至る経緯の報告を受けたあと「平和日本」建設の決意表明を行なつて終わっている。二回目は、一九四五年十一月二七日に開院式が開かれ、四日間の会期延長後十二月一八日に閉会となつた第八九臨時議會であり、ここでは戦争責任を認める決議案と、労働組合法案、農地調整法改正（第一次農地改革）案の採択がなされている。

一九四六年六月二〇日に開院式が開かれた第九〇回帝國議會は、憲法改正を主要議題として召集された臨時議會であつたが、戦後第一回の総選挙結果を受けて召集された特別国会でもあつた。吉田茂首相は六月二一日の施政方針演説で「今議會ノ劈頭ニ於テ、新生日本ノ建設ノ基盤タルベキ憲法改正案ガ勅令ニ依ツテ付議セラレマシタノデアリマス、幸ヒニシテ今議會ハ新選挙法ニ依ル総選挙ノ結果成立シタル歴史的民主的議會デアリマス、政府ハ此ノ機會ニ諸君ト共ニ國家最高ノ法典タル憲法改正ヲ議スルコトヲ無上ノ光榮ト致シマス」と述べている。

第九〇回帝國議會の開会にあつて議長が朗読した「勅書」は、「國民の自由に表明した意志による憲法の全面的改正」を「議に付する」としている。「全面的改正」には、欽定憲法の民定憲法への転換も含まれていた。この質的転換を正当化する場として機能したのが、戦後第一回総選挙結果を受けて構成された衆議院であり、公職追放による欠員を補充して成立した貴族院であり、両院による第九〇回帝國議會であつた。閉会式は同年一〇月一一日であり、この間に政府提出憲法改正案をめぐる「一〇〇日審議」がなされた。第九〇回帝國議會は、新憲法草案全文が公表さ

れたあとの議會構成でなく、その意味では憲法制定議會ではなかったが、改正方式で新憲法を制定するための憲法議會ではあった。

政府提出の憲法改正案に対し衆議院と貴族院においては、各党・各会派の立場からする質問演説がなされた。質問演説の主な担い手になったのは、憲法改正案をめぐる審議であつただけに、公法・私法の研究者、政治学・政治思想の研究者たちであつた。その名を挙げれば、衆議院では片山哲、鈴木義男、原彪などであり、参議院では高柳賢三、宮沢俊義、南原繁、牧野英一、浅井清、佐々木惣一などである。質問者たちは、衆議院の場合も、所属する党派・会派の立場を代表するだけではなく、それぞれ法曹人として、学者として、蓄積してきた学識と良識のすべてを集約する形で、新憲法制定に関する積極的な提言を試みている。憲法議會におけるこれらの代表質問は、明治、大正、昭和の三代を通じ、大日本帝國憲法体制下の五〇余年の経験を媒介として培われてきた日本の国家と社会の近代化、さらには「社会化」を志向する心情の法規範形態における吐露となつていた。

貴族院においては、英米法の立場、日本の憲法学における東と西の学派的立場、公法に対する私法の立場、法学的思考に距離を置く政治理論の立場などが所属会派を超えて考慮され、質問演説者が選ばれた形跡がある。<sup>(1)</sup>憲法議會における貴族院においては、学識ある者として特に選ばれた勅選議員たちがその特色を発揮していた。勅選議員たちの質問演説は、実質的には、学界を代表する識者が日本の社会における学問の到達水準の高みから試みる憲法論議となつていて、彼らの展開する論点の多様性、的確性、学説史的裏付けの確かさなどは、衆議院における憲法論議の水準をしばしば超えるものとなつていた。

以下においては、日本国憲法の日本の政治史に根差した根の深さ、すなわち戦後民主主義の総体における価値の再

確認<sup>(2)</sup>を旨として、日本国憲法成立の起点となった第九〇回帝國議會における論議の状況に着目することにした。まずは貴族院における数名の論者の論点をとらえ、貴族院の雰囲気明らかにし、その上で牧野英一の論点に注目する。自由法学者牧野の大日本帝國憲法体制下における法体系近代化の半世紀にふさわしい思想と論理の営為の凝縮が憲法議會における発言となつてゐる構造を明らかにすることにした。

(1) 貴族院における帝國憲法改正案に関する政府説明について、質問を受け付けるにあたり、議長である公爵徳川家正は、質疑の通告があつたので「通告順ニ依リ是ヨリ順次発言ヲ許シマス」と宣してゐる（『第九十回帝國議會貴族院議事録第二十三号』『官報号外』一九四六年八月二七日、二二七ページ）。しかし、牧野英一は、質問演説の途中で、演説時間の長いことの釈明として、民法と刑法は質問者を二人に分けるべきであつたが「サウ云フ風ニイカヌノデ私ガ一人デ罷リ出マシタ」と述べてゐる（『第九十回帝國議會貴族院議事速記録第二十四号』『官報号外』一九四六年八月二八日、二六七ページ）。発言通告順の内容が学識分野別の順位であつたことがうかがわれる。第九〇回帝國議會時における貴族院議員の会派別構成は、研究会一一八、同成会二三、公正会六二、交友俱樂部二四、同和会一六、火曜会三三、無所屬俱樂部一八、純無所屬三四、計三二八であつた。貴族院における質問の順位は、高柳賢三（研究会）、宮沢俊義（純無所屬）、南原繁（純無所屬）、牧野英一（無所屬俱樂部）、浅井清（交友俱樂部）、佐々木惣一（無所屬俱樂部）となつてゐる（昭和廿二年版・読売政治年鑑による）。ここには公法・司法、帝大・私大など、発言順位の一定の規程が示されているが、会派別代表が会派別順位によつて並んだ形跡はない。

(2) 日本国憲法を民主的条項と反動的条項に分解し、たとえば国民主権原理に象徴天皇制規定を対置する把握は、戦後民主主義の解体論に直結する。そのような「腑分け論」への批判がこの論稿の基調となつてゐる。この論点については、象徴天皇制に対する歴史学研究会委員会の声明と、同声明に対する私の批判を、参照いただきたい（『歴史学研究』一九

八九年二月、五月。

\* 以下、貴族院本會議の議事速記録は『官報号外』による。日付は同『号外』のものとする。なお記録は会開催日の一日遅れの日付で発表されるのが通例である。

## 二 貴族院本會議における高柳賢三と南原繁

政府によって発表された憲法草案が、占領軍司令部の作成した英文憲法を翻訳したものであることを、貴族院の学識ある勅選議員たちは、質問演説の前提として充分にわきまえていた。衆議院においては、占領軍司令部との関係を手探りしながら論議を進めている感じであつた。先行する衆議院における論議を踏まえたこともあつたであろうが、貴族院の場合は、現行憲法の改正形式による新憲法の制定が占領軍司令部作成の草案に基づくものである事実経過を、その経過に対する批判を含め、確認し承認しておくことの意義の自覚が強く伺える論調となつていた。そこには、帝国議會における貴族院の二院制の担い手としての役割自覚があつたと見受けられる。その自覚は、皇族議員や華族議員、多額納税者議員においてではなく、学識ある者として勅任議員に加えられた勅選議員において明確であつた。おもな質問演説者が、公職追放による欠員を補充した新任の学識経験者によつて占められた経過が、占領体制下における貴族院の特権の特性としての役割自覚を強める要因になつていたと思われる。

憲法改正を争点とする総選挙を実施せず、憲法制定會議を召集せず、憲法草案の作成過程を公開せず、国民投票に

かけることもせずに改正方式で新憲法を制定し、その結果、明らかな「国体」の変革をもたらす「革命」を成し遂げようとする方法は、理性的国家として採るべき方法ではない、と厳しく政府に求めたのは、東京帝国大学総長に就任して半年余の南原繁であった。その南原が質問演説を行なったのは一九四六年八月二七日であり二番手としてであった。一番手として一九四六年八月二六日に立ったのは英米法を専攻する東京帝国大学法学部教授としての高柳賢三であった。かつて美濃部達吉によって、そのあり方が「最も不合理」とされ「政府ノ機関タルニ至ルベシ」と改革の必要を示唆されていた貴族院であった（『憲法撮要』）。そのような貴族院の憲法改正にあたって果すべき本来の役割の自覚も、この段階において同院の運営の基本になっていたのであろう。高柳は、衆議院が修正した政府提出改正案をローマ法系の立法技術を捨てて英米法の立法技術を採用した「大改革」として、ほとんど無条件に、むしろ積極的に肯定する論調を提示した。

高柳はまず、政府提出の改正案がアメリカ合衆国憲法を下敷とするものであることを例証する。ただし、アメリカ合衆国憲法は、制定時の憲法典そのものとしてではなくその後の改正規定や最高裁判例において最新の姿が示されていることを高柳は専門家として指摘する。そして、政府案には、アメリカ合衆国憲法の二〇世紀における到達点が反映されている、それゆえに肯定的に評価できるとするのが高柳の論調であった。

日本国憲法の第二五条から第二八条までのいわゆる「社会権」規定について、高柳は次のような位置づけを試みた。

併シ基本人權ニ関スル是等ノ規定ハ、成文米國憲法ヲ其ノ儘「モデル」ニシタノデハナイヤウデゴザイマス、米國憲法ハ今日ニ至ル迄幾ツカノ憲法改正規定ノミナラズ、判例法ニ依ツテ發展シテ居ルノデゴザイマス、サウシテ本草案ハソレ等ノ

二十世紀的ナ發展ト云フモノヲ取入レテ居ルヤウニ見受ケラレルノデアリマス、例ヘバ第二十三條乃至第二十六條（政府原案―引用者）ノ規定ノ如キハ、社會主義的ナ要請ヘノ大キナ讓歩ヲ示シテ居リマス、ソコニハ明白ニ米國憲法ノ二十世紀的發展ガ織込マレテ居ルノデアリマス。<sup>1)</sup>

高柳が改正案を肯定的にとらえた理由として質問演説の冒頭で述べた一語は「中正ヲ得テ居ル」であつた。「中正」の意味は、高柳の言う「社會主義」と現体制との緊張關係の内包ということであつた。

勿論此ノ本改正案ガ社會主義的ナ憲法デアルトハ言ヘナイ、資本主義ト社會主義トハ平等ノ地位ニ立ツテ、自由ニ政治闘争ヲ為シ得ルヤウニナツテ居ルノガ、此ノ憲法ノ性格ノヤウニ思ハレルノデアリマス、ソレハ資本主義カ、或ハ社會主義カト云フ世界的「イッシュー」と云フモノヲ未解決ノ儘ニ殘シテ居ル、從ツテソレハ資本カラモ労働カラモ不徹底ナルモノトシテ非難サレルデアリマセウ、併シ現代日本ノ憲法トシテハ、ソレガ最モ現実ニ合致スルモノデハナイカト思ハレマス。<sup>2)</sup>

違憲審査制度との関連で裁判官の身分保障について問う高柳の論点などは、英米法の専門家として当然の論点であつたが、高柳は、それら個々の論点を超えて、「道德ト知性ノ在リ方」について「根本革新」を求めた。高柳にとつて、憲法改正は日本社會の「相對主義」への移行の好機ととらえられたのである。高柳は、道德面では「自己の判断ニ対スル絶対的信仰」の抑制、知性面では抽象的演繹的な「大陸的ナ考ヘ方」への偏りの是正を求めた。高柳のこのような要請は、大日本帝國憲法体制下で英米法を專攻し、すでに「大正デモクラシー」の零厠氣の下でアングロ・サ



クソンの思考方法の意義を説くことを始めていた高柳の<sup>(3)</sup>、新憲法制定の機会を好機ととらえた年来の学説的主張の集約的な表明であつた。

高柳の質問演説がなされた翌日、貴族院の壇上に立つたのは南原繁であつたが、南原が貴族院議員に任ぜられたのは一九四六年三月二二日付であつたから、南原は議員になつて四カ月後に約二時間を要したと思われる長時間の演説を本会議場で行なつたことになる。南原はこの時、五七歳であつた。南原の演説は烈烈たる氣迫に満ちたものであつたように、記録にもその零屈氣が残されている。

南原は、政府提出の憲法改正案に、憲法制定手続き論の上で明確に反対し、象徴天皇制規定や自衛権放棄解釈の諸点では政府を真向から批判する見解を示した。まず、政府改正案提出経過について、南原は次のような反論を質問の形で呈示した。

国民ノ知ラナイ間ニ改正案ガ作成サレマシテ、ソレガ一ニ政府ノ決定案トシテ御発表ニナツタコトハ、ドウ云フ理由ニ基クノデアリマスルカ、ソレデハ如何ニモ独断的デ、又シテモ上ヨリ与ヘラレタル憲法ト云フ感ガアルノデアリマス、……

憲法ハ独リ上ヨリ与ヘラレタト云フダケデナシニ、或ハ外ヨリ与ヘラレタノデハナイカト云フ印象ヲ与ヘル危険ハナイカト云フコトデアリマス、……

草案ヲ一読スル者ハ何人モ、其ノ構造ニ於テ又表現形式ニ於テ、是レ迄ニ我が国ノ立法例ニ嘗テ見ラレナカツタ程ノ外国調ニ満チテ居ルト云フコトヲ感ジナイ者ハゴザイマセヌ、……

恰モ何カノ都合デ初メ一先ツ英文デ纏メテ置イテ、ソレヲ日本文ニ訳シタガ如キ印象ヲ与ヘルノデアリマス、占領治下ノ暫定憲法ト云フナレバイザ知ラズ、之ヲ其ノ儘独立国家タル日本ノ憲法トシテ、我々が子孫後代ニ伝ヘルニ足ル形式ヲ果シ

テ持ツテ居ルカドウカ、……<sup>(4)</sup>

占領政策違反に問われる寸前のところまで肉薄した南原の質問演説であつた。さらに、首相吉田茂に直言する形で次のような批判がなされている。一一歳年長の吉田首相へのこのような批判は、吉田のステーツマンとしての自負を充分に損うものであつたことであろう。やがて講和問題に関連して、吉田による南原への「曲学阿世」という侮言が発せられるのであるが、その遠因はこの辺にあつたのではなからうか。南原が演説を行なつた日の午後、南原の要請があつたにもかかわらず、答弁の時間帯に吉田は議場に姿を見せていない。

其ノ間ニ於キマスル政府ノ御苦心ニ付キマシテハ十分察知ハ致シマスケレドモ、私共ハ日本政府ガ此ノ憲法ノ改正ニ対シテ、最後迄自主自律的ニ自ラノ責任ヲ以テ之ヲ決行スルコトノ出来ナカツタト云フコトヲ極メテ遺憾ニ感じ、国民ノ不幸、国民ノ恥辱トサヘ私共ハ感じテ居ルノデアリマス、……

現行憲法ハ周知ノヤウニ、「プロシヤ」ニ其ノ範ヲ取ツテ居リマスルナレドモ、我々ノ先輩ハ之ヲ日本ノモノトスルガ為ニ、ドレダケ努力ヲ払ヒマシタコトデアリマスルカ……

私ハ斯カル状態ヲ以チマシテ、他日、十年或ハ二十年ノ後ニ国民ノ間ニ大ナル反動ヲ起ス口実、或ハ名分ヲ与ヘハシナイカラ惧レルモノデアリマス、此ノ点ニ関シマシテ、総理大臣ハ如何ナル御認識ヲ持ツテ居ラレマスルカ、<sup>5)</sup>

壇上の南原を支配する想念となつたのは、「ドイツ国民に告ぐ」を一〇数回にわたつて講演したフィヒテの姿ではなかつたであらうか。南原の演説において、その基調となつたのは、「国民」であり、「精神」であり、「民族」であ

り、「国家」であつた。

南原の目には、憲法草案の象徵天皇制規定は「歴史ノ断絶ヲ意味スル革命主義」の表われと映つた。南原は「斯ク迄致シテ残ルト云フコトが果シテ皇室ノ御名譽デアルカ」と問う。南原は「天皇ノ地位」を「日本国家ノ統一意志ノ表現者」ととらえていたのである。そう考える南原であつたが、象徵天皇制規定に疑念を提示するとともに、天皇制の形態を転化させるプロセスの異常さを強く批判していた。憲法制定過程における正統性への固執である。

我が国ニ於キマシテ国民ノ結合ヲ根源ニ於テ来タモノガ皇室デアツタト云フコトハ、我が国ノ是カラノ世界ニ普遍的ナ新シイ民主主義ノ上ニ、是コソ我が国固有ノ一ツノ意義ヲ加ヘルモノデアルト確信スルモデアリマス……

此ノ形式的ナ統一ヲ充スモノコソハ、正ニ天皇ノ地位デアルト我我ハ考ヘルノデアリマス、併シソレハ単ナル最早象徵デハアリマセヌ、所謂国家ノ一ツノ機関、即チ国家統一性ヲ保障スル機関トシテ、私ハ之ヲ日本国家ノ統一意志ノ表現者デアルト云フコトガ適當デアルト思ハレルノデアリマス……

此ノコトハ従来我が国ノ天皇制ニ関スル論議ノ中デ、左右ノ両極端ヲ除イタ外、有力ナル在野政党ヲ初メ、又有力ナル民間研究団体ニ於テモ一致シタ意見デゴザイマス……<sup>(6)</sup>

衆議院における吉田首相の自衛権の放棄を意味する答弁に、南原は真正面から反論を加える。国民の防衛、秩序の防衛は国家の義務ではないか、と南原は問う。他国の好意と信義に身を委ねて生き延びようとするのが吉田の言う自衛権の放棄であるならば、それは「東洋的ナ諦メ、諦念主義ニ陥ル危険」がある、と南原は警告する。そしてこの場

合も、南原は自衛権放棄への疑念を提示しつつ、第九条の政府案に加えられた衆議院の修正を高く評価する判断を示していた。憲法制定過程における自律性評価の視点である。自律性が確保されるのであれば、南原の個人的論点は呈示されるに留まるものであった。

今回衆議院ノ修正ニ於キマシテ、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」、ト云フ一句ガ当該条文ニ加ヘラレタノデアリマス、此ノコトハ私ノ以上説明シマシタヤウナ意味ニ於テ、頗ル重要ナ意味ヲ持ツテ居ルト私ハ思フノデアリマス、何故ナレバ、是ハ単ニ戦争ヲ放棄スルト云フダケデハナシニ、進ンデ民族ノ平和ノ理想ヲ謳ツタモノデアリマス、ソレ以上ニ私ノ考ヘマスコトハ、単ナル平和ノ現状ノ現状ヲ維持スルト云フノヂヤナシニ、飽ク迄モ国際正義ニ基イタ平和ヲ理想トスルト云フ所ニ重要ナル意義ガアルト思フノデアリマス。

衆議院における政府改正案修正への注目と評価は、第二五条第一項の追加に対してもなされる。戦争放棄によつて世界に新たな理想を宣言した日本は、国内においても「社会的正義ノ実現ニ向ツテ同ジク画期的ナル一ツノ立場、方向」を宣示する必要があつたとする南原は、修正条項として「所謂生存権ノ問題」が明確に規定されたことを高く評価した。

此ノ度衆議院ノ修正ニ於キマシテ、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」と云フ一条ガ入リマシタ、是ハ先程申上ゲマシタ、新タニ我ガ国ノ経済政策ガ社会的正義ニ向ツタモノトシテ、私ハ喜ブベキ現象ト思フノデアリマス、<sup>(8)</sup>

南原において、天皇制の國家機關化を求めると同時に「生存權」規定の明確化を評價する論議は、なんらの不整合性も含まないものとして展開されていた。南原は、「生存權」の論議との関連で、財産權の根本的な規制による勤勞權、國民の自主性を基本とする教育權について説いている。南原において、立憲君主制の形態における日本社會の實質ととらえられていたのは、「生存權」であり勤勞權や教育權であり、そこでは國家と民族をとらえ直す「フィヒテの社會主義」が志向されていたと見て間違ひはないであろう。南原においても、高柳の場合と同様に、憲法議會が、大日本帝國憲法體制下における學問的蓄積の集約的な表明の機會ととらえられていたのである。

南原が「國家統一性ヲ保障スル機關」として位置づけたのは「皇室」であり「天皇ノ地位」であつた。南原は、國家法人説における機能主義の立場にあつた。貴族院と勅選議員の役割についても、機能主義からする割り切つた理解を示していた。憲法改正作業に、國民の代表としての衆議院があたるのは当然であるが、貴族院には「此の資格ハアリマセヌ」と、南原は斷言する。では、貴族院における憲法草案の審議はどのような意義を持つていいのか。南原は、その質問演説の最後で「之ヲ自由ニ批判シ、質疑シ、將來ノ改革ノ日ノ為ニ國民ニ勸告ヲスルコトガ出来マス」と述べている。そのような機能を發揮することが「蓋シ貴族院ニ相応シイ最後ノ御奉公デアリマセウ」とするのが南原の見解であつた。

貴族院だけではなく、衆議院も含めて第九〇回帝國議會は憲法議會となることによつて「最後ノ御奉公」を務めた。帝國議會は、帝國議會体制の最後の幕引きをすることによつて、おそらくは議會としての最大の機能を發揮したのであつた。帝國議會はこのあと、第九二回まで二度召集されて終わつてゐる。

- (1) 第九十回帝国議會貴族院議事速記録第二十三号、一九四六年八月二七日、二二八ページ。
- (2) 同右、同ページ。
- (3) 一九二〇年代から四十年代初めにかけて、日米間の相互協力に努めた太平洋問題調査会に、日本側から参加した主要メンバーの一人が高柳であった。油井大三郎『未完の領改革——アメリカ知識人と捨られた日本民主化構想』東京大学出版会、一九八九年、参照。
- (4) 第九十回帝国議會貴族院議事速記録第二十四号、一九四六年八月二八日、二四六〜二四七ページ。同八月二八日付の『朝日新聞』第一面の南原質問要旨に「英文デ纏メテ……日本文ニ訳シタ如キ……」云々部分は含まれていない。
- (5) 同右、二四六〜二四八ページ。
- (6) 同右、二四九ページ。
- (7) 同右、二五〇ページ。
- (8) 同右、二五一ページ。
- (9) 満州事変以降、国家非常体制が推し進められる中で、「民族社会主義」<sup>ナチス</sup>との緊張関係において、フィヒテの民族と国民と社会主義の関係を論じるのが南原の理論的営為であった。そこでは、「生存権」が労働権などともに分析テーマになっていた。南原繁『フィヒテの政治哲学』岩波書店、一九五九年、参照。

### 三 貴族院本會議における牧野英一の論調

政府提出憲法草案を貴族院本會議が審議するに當つて、質問演説に立つたのは、まず高柳賢三や南原繁、宮沢俊義などの公法關係者であつたが、その後を次いで四番手として壇上に上がったのは、私法を専攻領域とする六八歳の牧野英一であつた。

牧野は刑法學が専攻であつたのであろうか。刑法を民法との關係で論じ、基本的には法哲學の次元における法現象の解明に取り組んだのが牧野ではなかつたろうか。一九一〇年代に『憲法の三十年』、一九二〇年代に『民法の三十年』、一九三〇年代に『刑法の三十年』を表わしている牧野は、日本の近代法制創設期に學びを開始し、日本の近代法の確定、轉換の過程と歩みをともして來た存在であつた。牧野が機會あるごとに恩師として名を挙げている三人がいる。その三人とは穂積陳重（安政二年生まれ）、富井政章（安政五年生まれ）、梅謙次郎（万延元年生まれ）である。この三人はともに民法典の起草委員としての役を果たしているが、それ以上に「明治時代において、わが國のために、獨立なる法律學を建設した人々」<sup>(1)</sup>なのであり、従つてこの三人から牧野は、民法、刑法はもちろん、むしろそれらの各論における解釈學を超えた法理論としての自然法思想、英米法を視野に収めた比較法論の視点、などを學んでいる。牧野は、一九五五年に「法律との五十年」と題して、「二十世紀前半における法律の発達乃至法律思想の変遷」についてNHKで語る役を引き受けているが、まさに適任者であつたと言えよう。

そのような牧野であつたが、一九四六年八月二七日、貴族院本會議における質問演説を行なうに当たつてまず述べた言葉は、「此ノ憲法改正案ニ對シ、私ハ唯極ク小サイ、狭イ、サウシテ細カイ立場カラ政府ノ御考ヲ伺ヒタイト思

ヒマス」<sup>(3)</sup>との一語であつた。この時点で、牧野は、彼の『法律学叢書』を五〇冊近く刊行してゐた。<sup>(4)</sup>その全蓄積が、牧野の演説において私法上の「小サイ、狭イ、サウシテ細カイ」論点に集約されるであらうこと、おそらくは、牧野の演説は刑法・民法を基底とする法原理論の開陳まで進まなければ止まないであらうことを、牧野の冒頭の一語は、その謙讓さのゆえにかえて自負心と自信をもって表明した結果になつてゐる。

牧野の演説は、謙讓の姿勢で始められたが、冒頭の一語に続けて、早くも牧野は、具体的には基本的人權について問ふことにするが基本的人權の問題は憲法改正案全体の精神を問ふことになり「国家理念」を問ふことになるであらう、と断つてゐる。これまでわが国の憲法は、私法については所有權不可侵、罪刑法定主義を規定するに留まる「政治ノ法律」であつたが、今回の憲法は「日常生活ノ法律」になつてゐるのであり、「私法トシテノ憲法ノ意味及ビ解釈ト云フコトガ、是カラ我々ノ大キナ問題ニナルモノト言ハネバナリマセヌ」と牧野は断じた。日本国憲法を「日常生活ノ法律」とする把握は、牧野ならではの把握であつたと言えよう。

基本的人權について質問したい、と述べた牧野であつたが、牧野が質問したのは、基本的人權に関するあれこれの条項の内容ではなかつた。基本的人權について国家が消極的な義務を負つてゐるとする一九世紀的憲法の水準に留まるのではなく、社会問題に直面する二〇世紀の「文化国」として、国民の權利、自由の内容の拡充について積極的な責務を負つてゐるとの自覺が必要ではないか、とするのが牧野の質問の主旨であつた。牧野は言う。

此ノ世ノ中ノ自由競争ニ対シ其ノ公正ヲ維持スルト云フ、謂ハバ警察的任務ヲ国家ガ持ツテ居ルト云フダケノモノデアリマシテ、国家ガ進ンデ国民ノ總テノモノニ対シ其ノ生存權ノ充塞ニ付テ積極的ナ責務ヲ負フト云フ意味ガ十分デナイ、私ハ



第三章ノ初ノ所、劈頭第一二、国家ノ文化的責務ト云フモノガ明ラカニセラレテ欲シト思フノデアリマス<sup>(5)</sup>

二〇世紀的な介入主義国家論の問題意識で基本的人権をとらえると、そこに浮上するのは「生存権」であつた。憲法改正案は、牧野の見るところ、權利乱用への歯止め、公共の福祉による私権の制限、個人人格の尊重、男女平等の原則などの諸点で二〇世紀憲法の三原則に接近していた。憲法改正案における右の諸点をさらに二〇世紀憲法の三原則に則つて明確化するよう牧野は求める。そして、牧野によれば今日の憲法の三原則の第一原則が「生存権」の確認であつたのである。一九世紀的憲法の場合、自由平等、罪刑法定主義、所有權不可侵が三原則であつたが、この旧三原則は、今日、次の新三原則に展開されているとするのが牧野の主張である。

第一ハ生存權の原則デアリマス、第二ハ改善刑、刑ハ犯人ノ改善ヲ目的トスルト云フ改善刑ノ原則デアリ、サウシテ其ノ第三ハ所有權ヲ以テ、私有財産權デハアルガ、同時ニ公共性ヲ持ツモノデアリ、ソレハ義務を包含スルモノデアルト云フ原則デアリマス、<sup>(6)</sup>

二〇世紀的憲法の三原則を説く牧野の本志は、信義誠実の原則を大原則とするところにあつた。牧野の説明では、一九世紀的自由競争是認の原則に替わる原則が信義誠実の原則であるとされているが、その意味は、個人主義原則を社会關係を重視する視点で修正するところにあつたと理解できる。したがつて、牧野の言う信義誠実の原則は、債權關係の処理原則を超え、契約關係一般を拘束し、私所有權絶対の大原則を修正するところまで展開されなければ止ま

ないものとなる。牧野はその言葉を使うことを避けているが「社会権」の確認が牧野の言う信義誠実の原則を確認する本意であつたのであり、そのような含意で次のような牧野の発言を受け止めることができる。

民法、刑法ノ範圍内ニ於テハ、從來ノ自由競争ノ原則ニ代ヘテ、新シキ信義誠実ノ原則ト云フコトニナル訳デアリマス、信義誠実ノ原則ト云フ言葉ハ、是ハ申ス迄モナク「ローマ」法以來ノ法律ノ言葉デアリマス、初メハ債権關係ヲ律スル所ノ原則トシテ設ケラレタモノデアリマスルガ、ソレガ債権關係ヲ超エ、民法ヲ超エ、今日デハ刑法ニ入り、ソレヲ超エ行政法ニ入り、ソレヲ超エ、全法律ニ亘ツテ、総テ国家ト國民トノ關係ニ付テ適用セラルベキ憲法上ノ原則ニナツテ居ル訳デアリマス、

日本の社会においても、一九二〇年代以降、導入され論じられてきた信義誠実の原則であり、その「主唱者<sup>(8)</sup>」としての牧野であつた。その牧野が、年来堅持して来た信義誠実の原則が憲法改正案の中に、権利の濫用の禁止、公共の福祉概念の導入として部分的に潜入している事態を見出し、そこで憲法規定化された信義誠実の原則による商法と民法の全面的な改正を求めたのは当然の成り行きであつた。牧野はそればかりではなく、信義誠実の原則の憲法規定上における「社会法」的展開をも求めた。牧野が求めた展開領域は、憲法の市民法的限界の領域であつた。

「現行憲法」すなわち大日本帝国憲法において絶対性を認められていた所有権規定が改正案において消え、公共の福祉との関係において相対化された所有権として財産権規定が誕生していると理解した牧野は、その改正を歓迎する。その上で、財産権は本来、不可侵であるが公共のために用いられる場合がある、とするのであつては不充份であり、

財産権は本来、公共の福祉に適合する「義務ヲ負担スルモノ」として相対化されることが望ましいとする。<sup>(9)</sup> 所有権の相対化は、これは会社法の問題であらうが、企業について、経済人の営利的な手段としてとらえるだけではなく、その「国家的、社会的性質乃至使命ニ関スル規定」を加える必要を派生させると牧野は指摘している。

政府改正案で言う勤労権は、学問上、労働権として検討されてきたその歴史を尊重して解釈されるべきであることを牧野は求める。衆議院の修正で、勤労の権利に勤労の義務が付け加えられた意味の解釈については、牧野は慎重である。その点については留保しつつ、牧野は、勤労権は労働権であり、それは単なる労働する自由を意味するのではなく、「労働ヲ欲スル者ガ労働ノ機会ヲ国家ニ要求シ、国家ガソレニ対シテ十分ノ責務ヲ負フト云フ関係ヲ意味スル所ノモノ」でなければならぬと述べている。<sup>(10)</sup> 財産権の相対化も、労働の権利化も、ともに基本的人権の今日的形態としての「生存権」の承認に結び付くのであった。

家族の問題<sup>(11)</sup>、牧野の持論の教育刑の考え方、それらについても牧野は思う存分の論陣を張っているのであるが、これらと信義誠実の原則との関連性は、それほど詳しく述べられているわけではない。信義誠実の原則が社会の倫理化を求めているところから家族関係の重視がなされ、信義誠実の原則が人格の尊重を社会関係の保全として生活の保全に求めているところから刑法上の主観主義と改善主義が主張されていると見て良いのではなからうか。<sup>(12)</sup>

今日、日本国憲法における「社会権」規定としてとらえられている諸条を中心に、牧野は質問演説を行なった。だが、牧野の場合、「社会権」は基本的人権の今日的諸形態としてとらえ直されていた。また、「社会権」の今日的形態の集中的表現は「生存権」であるとされた。しかも、基本的人権の今日的諸形態も、「生存権」も、信義誠実の原則の展開局面として位置づけられていた。牧野の次の言葉に注目しておきたい。

信義誠実ノ原則ガ憲法上ノ問題トシテ国家ト個人トノ關係ニ適用セラレタ時ニ、国家ハ其ノ全力ヲ拵ゲテ生存權ノ保持ニ努メナケレバナラヌ……<sup>(13)</sup>

市民法原理に異質の「社会権」としてではなく、自由権的市民法原理の今日的展開形態として公共の福祉の優先が説かれ、「生存権」規定のもつ歴史的意味の位置づけがなされているところに、憲法議會における牧野の質問演説があった。

(1) 牧野英一『刑法の三十年』有斐閣、一九二八年、二〇ページ。牧野が公法学の領域で教えを受けたと特記しているのは穂積八束、一木喜徳郎である。なお、富井、梅はともに法政大学の創成期を担っているが、同大学の創立者の一人に薩埵正邦がいる。牧野は第三高等学校の法学部で学生の質疑に熱心に応答する薩埵の刑法を聴き、そこで「刑法というもののはかくの如きもの」であることを学んだ、と記している(同上、三四ページ)。また、はじめて上京した折、和仏法律学校(法政大学)の講演会で、梅が民法典論争に関し論じるのを聞いたという(牧野『日本法的精神の比較法的自覚』有斐閣、一九四四年、一五〇―一六ページ)。やがて牧野は、梅の後継者として一九一〇年以降、法政大学が発行する『法学志林』の編集担当者となり、相当期間、同誌の巻頭論文を毎号担当した。また、一九二三年に同大学法文学部の教授となった。奇しき因縁と見るより、日本の法体系近代化を志向する潮流の形成過程と見るべきであろう。なお、『法学志林』は「梅志林」「牧野志林」と呼ばれていたが、『法政大学百年史』同大学刊、一九八〇年、一五三ページ)、牧野は不本意な事情で『志林』から離されたとする記録がある(『野上弥生子全集』第Ⅱ期第三卷、岩波書店、一九八七年、四五九ページ。「日記」一九三五年一月三十一日、参照)。

(2) 牧野は一九五四年八月から十一月まで、一回にわたって、NHKラジオで講演した。その記録が『法律との五十年』(有斐閣、一九五五年)として刊行されている。

(3) 『第九十回帝國議會貴族院議事速記録第二十四号』一九四六年八月二八日、二六〇ページ。

(4) 牧野の『刑事学叢書』の「第一編」「刑法と社会思潮」の刊行年は一九一六年であり、一九四三年刊行の『国家的・法律的・人間的』が『法律学叢書』の「第四十八編」とされている。もともと、『刑事学叢書』は『法律学叢書』に「改題」され、「改題」されたあと発行回数をカウントされ、さらに平野義太郎や小野清一郎らの著作も叢書の点数としてカウントされている複雑さがある。小野清一郎は、牧野への追悼文の中で、牧野の「論文集」は三〇冊に及んだ、としているが、『朝日新聞』一九七〇年四月一四日、総著作数はその二倍以上ではなかったか。法政大学図書館蔵の『刑法各論講義案』(法政大学発行、有斐閣発売、一九〇六年刊)、『刑法総論(講義案)』(法政大学出版、有斐閣発売、一九一三年刊)など、すでに著作の形を整えている。それらを入れると、第二次大戦後終了時までの著作数は優に五〇点を越えていた。一九五五年に「喜壽」を迎える時点で、「法律学叢書」は「五十幾篇」を数え、著書論文は「幾百種」とカウントされている(季刊『刑政』新第二巻第五号、一九五四年六月「牧野博士喜壽祝賀増刊号」参照)。一九六七年刊行の『刑法における思想、理論及び技術』(有斐閣)を見ると、「法律学叢書」の「第六二編」、「刑法研究」の「第二〇巻」とされている。

(5) 『第九十回帝國議會貴族院議事速記録第二十四号』一九四六年八月二八日、二六一ページ。

(6) 同右、二六一ページ。

(7) 同右、二六一ページ。

(8) 信義誠実の原則の「主唱者」は牧野であり、関連文献としては「牧野英一博士の枚挙に遑なき程の諸労作」があるとされている。林信雄『信義誠実の適用原則』『法律における思想と理論―牧野先生還暦祝賀論文集―』有斐閣、一九三八年、所収。ただし、信義誠実の原則の位置について、そこに「市民法の原理を飛び越える性格の何等かのもの」が

伏するとは考えない、と測定されている。

(9) 『第九十回帝國議會貴族院速記録』 一九四六年八月二十八日、二六二ページ。

(10) 同右、二六四ページ。

(11) 一九四六年一〇月六日の貴族院本會議において、第二四条第一項として「家族生活は、これを尊重する」を搜入する修正案が提出されたが一六五票で三分の二に達せず否決されている。この修正案の筆頭発議者は牧野であり、高柳、南原が賛成し、我妻榮、安部能成、佐々木惣一などが反対に回っている。

(12) 憲法議會への関与の経験を中心に、日本國憲法とその関連法規について、牧野の解釈をまとめた文獻として『新憲法と法律の社会化』（日本評論社、一九四九年）と『新憲法と新法律』（良書普及会、一九四九年）の二点があり、牧野の議會演説の論点を詳しく理解する上で参考になる。『新憲法と法律の社会化』が占領軍總司令部の檢閲によつて「各章で大幅に削除され、ほとんど著者の意圖が伝わらぬほど改変された」ことを指摘するのは江藤淳『一九四六年憲法―その拘束』（文芸春秋社、一九八〇年）である。だが、牧野のこの本は、新憲法のテキストが英文であることを充分に示唆している。「著者の意圖」が社會法論の立場で法の「社會化」を説くところにあつたとすれば、その点についても充分すぎるほど論じている。

(13) 『第九十回帝國議會貴族院速記録第二十四号』 一九四六年八月二十八日、二六五ページ。

#### 四 「法律の社會化」としての「生存權」の確認

牧野英一は、生涯を通して日本社會の法體系について考え続けていた。その思想的營爲を通じて確定され、主張され、保持された二命題として、「法律の解釈は無限なり」と「法律の社會化」があつた。<sup>1)</sup>

憲法議會における牧野英一

牧野の社会法学は法社会学の先駆形態であつたと見て良いのではなからうか。穂積陳重、富井政章、梅謙次郎との関係における牧野であつたが、それだけではなかつた。牧野から「思想としての法律学」を学んだとする平野義太郎ほかは、牧野における自然法思想新展開の試みに注目しつつも、判例「研究」によつて開拓された牧野の「実証主義」を牧野の「社会学的」という主張との関連で重視している。<sup>(3)</sup>法の現実社会との交流を重視する、その意味における実証主義者牧野のあり方と、牧野の経歴の起点に東京地裁判事・検事の経験があつたことは、おそらく無関係ではなかつたであらう。

牧野が市民法の修正原理として信義誠実の原則を唱え、刑法において主観主義の立場から教育刑を唱えたその背景となつたのは穂積陳重から継承した「法の進化的解釈」論であつた。そこに牧野に特有の社会法学的発想が加えられ、法の解釈は社会の進化とともにいけば無限に展開され、その展開とともに「社会化」していくとする二命題を導き出し、日本の初期の法学会を支配していた実定法主義への挑戦を生み出してゐた。

法を変遷過程においてとらえる牧野は、憲法の変遷をも「社会化」過程として肯定的にとらえることができた。

「八月革命説」に対し、牧野は「わたくしは、やはり法律の進化ということを考えたい。旧憲法から新憲法への変遷を、論理的に、法律的に、そして、従つて、倫理的に、文化的に、事物の道理とせらるべきものが、そこにいかなる順序を踏みつつ、いかなる発展の系列として、われわれの目の前に現われているかの点から、課題としたのである<sup>(3)</sup>」と反論を加えている。

日本国憲法出現の新事態を、牧野は、法の世界に「革命」概念を導入しなくても受容出来る余裕をもつてゐた。一九一九年に『憲法の三十年』を著わした時、牧野は、その著作の副題を「将来の法律における進化的基調」とし、そ

ここで「法律は、まず、社会に応化し、社会の理想を理解し、その理想を拡充することに因つて、また、実を指導せねばならぬ」と述べていたのである。ほぼ三〇年後、新憲法としての日本国憲法を論じるにあたつて、牧野は一九一〇年代の言葉に返る余裕を見せた。新憲法の諸規定との関連で、三〇年前の法の「進化」を説く自説について、「改めて、更に世の批判を受けたいとおもう」と言い切れるのが牧野の立場であつた。<sup>(4)</sup>

牧野は論争の人であつた。平野義太郎ほかは、牧野が自ら好んで他と論難したことはない、と弁護しているが、自然法論、自由法論の立場が論争を呼ぶことになつたし、客観主義に対する主観主義、目的刑論に対する教育刑論、罪刑法定主義との関連における信義誠実の原則など、どれも論争を通じて学界と法の世界に導入されざるをえなかつた法の思想であり法の理論であつた。牧野自身が「わたくしの重ねた学識の生涯は、右に挙げたいろいろの原則のために理論闘争を続けることであつた」と述懐している例がある。牧野の論争相手として特に著名であつたのは小野清一郎であり滝川幸辰であつた。法の「社会化」は論争によつて担われていたが、それだけではなかつた。

牧野が関わつた学界における論争が多くの場合になんらかの社会的動向を反映していることは確かであつたが、それより直接的に、牧野の提示する法の解釈や評価が当時の社会問題に直結していた構造が注目される。

牧野には社会問題を直視する目があつた。一九一〇年代、「米騒動」や「治安警察法第一七条」を牧野は直接論じている。ストライキ権の法的承認も説いた。<sup>(6)</sup> 牧野には、これらの社会問題をいわゆる「大正デモクラシー」の文脈でとらえる目があつた。「大正デモクラシー」の法律問題化、すなわち主権、所有権及び刑罰についての法理学的再検討は、一九二四年における牧野の開講の辞とされている。<sup>(7)</sup> 牧野における社会問題の直視と直接的な法理論的対応の代表例になっているのは「假小屋問題」であらう。



一九二三年の関東大震災の時、罹災者がそれまでの居住と營業の地に假小屋を建てて再び住もうとすると、土地の所有者から侵入者として告訴される問題が発生した。震災によって賃貸借關係が消滅したという理由によつてである。牧野は、この事例について「生存權」の承認を求めた。牧野の「假小屋」論は次のように結ばれている。法の論理と社會關係の動態を緊密に結び付けようとする牧野の発想が端的に示された発言となつていたので注目しておきたい。

災害のしかく大なりしにかかはらず、一般の人士は焼け跡に假小屋を經營してその營業の維持と繼續とを計るに元氣がいい。この元氣がこれからの社會を經營する基本的動力である。一定の土地は一定の人に依つて所有せられることに因つてその価値を有つのでなく、一定の人がこれを妥當に利用し、合理的に經營することに因つて、その社會的意義を完了するのである。復興事業は所有權を基礎として進捗せらるべきでなく、所有權の實體たる土地乃至建物を利用する人格的な働き、その一種の元氣に因つてはじめて待ち設けらるべきものである。わたくしは、復興問題のこの際において、この元氣すなはち生存權の現はれたるこの人格的努力が法律の運用上特に重要視されねばならぬと思ふ。<sup>8)</sup>

それまでの所有權論への修正を求める「生存權」の理論を、牧野は、カント生誕二〇〇年記念の折でもあつたのでコペルニクスの転回として「權利の觀念の転回」を求めたのであつた、と説明している。<sup>9)</sup>だが、転回の現実的な契機は、社會變動としての関東大震災であつた。

牧野は、「生存權」論を純粹法理論として展開したが、それだけではなかつたのである。一九二二年の借地法、借家法が一九二二年の借地借家調停法を生み、「仮小屋」問題で効力を發揮し、この「調停法」の構造が小作關係、商

事関係、そして労働関係へと適応されていく法の動態を直視し、判例と直結する立場を選んでいた。牧野にとって判例は批評の対象ではなく研究の対象であったが、牧野自身が判例を積み上げる立場を選ぶ場合さえあった。<sup>(10)</sup>

牧野の法理論が当時の日本の社会動向との交流において確立され展開されていたものであることを示すもう一つの代表例として、一九二〇年代における牧野の少年法評価を見ておきたい。一九二二年、借地借家調停法と共に制定された少年法を、牧野は「刑罰の個別主義」に基づくものであり、刑法の新展開であると積極的に評価した。少年法は、牧野が論じて止まない新自然法と自由法の思想の具現であると位置づけられ、それはまた信義誠実の原則の浸透であると把握された。

この少年法の評価にあたって牧野が名を挙げることを忘れない人物が居る。それは社会改良家として「家庭学校」を設け「不良少年感化」の事業に取り組んでいた留岡幸助である。一九二四年、牧野は北海道・野付牛にあって留岡が校長を勤める「家庭学校」を訪ね「一羊会」に出席している。牧野は留岡とラスキンについて語り合った模様である。「一羊会」の「何処にか迷ひ子になつて居る一匹の羊のために」という思いを、牧野はラスキンの「この最後の者にも」(unto this last) とする経済思想につなげた。さらに牧野は一匹の羊のためにという思いは「最後の一人の生存権」のためにという法の立場と合致することを悟った。「北見のはての山の中で、其の月の夜に訪うた一羊会のこととは、永くわたくしの忘れ得ないところであらう」と、牧野は記している。<sup>(11)</sup>

少年法の背後に牧野が見るのは留岡幸助であり、社会問題であり、社会改良への取り組みであった。牧野は大胆に、社会問題への対応を社会主義に求めた。牧野の言う社会主義とは、「思想」「観念」「考へ」としての社会主義であった。

わたくしは、理論としての社会主義に三段の発展を認める。其の第一は、謂ゆる労働全収権の思想である。其の第二は、謂ゆる労働権の観念である。さうして、其の第三は生存権の考へである。……

生産は労働の成果である。……されば、生産の結果は、全部を挙げて労働者に帰属せねばならぬ。……

われわれは人間として労働するの権利がある。されば、われわれには、当然に労働する機会が与へられねばならぬ。……労働能力なき病者や小児に対しても、其の人格の尊重せられ、生活の保全せられざるべからざることが考へられ得よう。さうして、茲に、生存権という考へが理解せられることになる。人が、苟も正しく生きんとする限り、その生存が尊重せられねばならぬといふ思想である。<sup>(12)</sup>

牧野の社会主義論においては、社会主義化の最後の段階が「生存権」の尊重にあるとされていた。社会問題の解釈が社会主義とされ、「われわれ自身その『見えざる手』としてはたらかうとする希望」が社会主義とされた。「最後の一人の生存権」は、国家を「強国ならしめ……尊厳ならしめるの原理」であるとする社会主義であつた。「封建文明」と「資本文明」を「シンセシスしようとするところに、われわれの志が存する」とする社会主義であつた。<sup>(13)</sup> 実定法主義の克服を目差す自由主義法学における「解釈の無限」と「法の社会化」の二命題の到達点は、社会改良としての社会主義であつた。

河上肇の「資本主義経済学」や大内兵衛の「労働党内閣の財政策」を参照しつつ、牧野は「最後の一人の生存権」を彼の社会主義思想の内容として論じた。牧野の言う社会主義は確実に規定された社会主義ではない、と断じることが容易であらう。だが、そのような断定は不毛である。自由主義学派の学徒が、日本の社会の現家に即して、「生存

権」の法的確認に日本の社会における「法律と社会主義」<sup>(14)</sup>の姿を見出そうとしていたその事実としての重みは、社会主義概念についてのあれこれの先入観を排除したところで、そのまま受け止められるべきではなからうか。

今世紀初頭以降、牧野に底在していた「法律と社会主義」の関係についての問題意識は、「法律の社会化」論として大日本帝国憲法体制下において思う存分に展開され、その凝縮した表明の場を一九四六年の憲法議会に見出していたのであった。

(1) 前掲(三の注1)『日本法的精神の比較法的自覚』(一九四四年)は、牧野の法学者としてのあり方のすべてを賭けた論争の書であっただけに、そこに牧野の第二次世界大戦前における法思想・法理論の到達点が集約されていて、この一冊は牧野法学の辞典・索引となっている。「法律の解釈は無限なり」とする理論・提言については同書一一一ページ、一二二ページを参照。「明治年代」における自由法論の展開とともに呈示した「法律の社会化」の意味内容については同書一〇二ページ、一一六ページを参照。関連して、「ドイツの自由法論」の日本の法学への導入過程については同書一〇三ページ以下を参照。「法律の進化」は穂積陳重が早くから説いていた法思想であり、「社会権」は穂積の「創意にかかる用語」であるとされている。同書六四ページ以下、特に七一ページを参照。これらの自由法論の牧野的把握が「われわれの社会法学」であった、とされている。同書二五三ページ。

(2) 平野義太郎・石川芳雄・小林高記『先生の還暦を祝して』。前掲(三の注8)『法律における思想と理論』所収。

(3) 牧野、前掲(三の注12)『新憲法と法律の社会化』における「はしがき」。牧野は「八月革命」説を採らないが、そうであるからといって「民定憲法」説を認めるわけでもない。日本国憲法は「国民が天皇を中心にしてみずから作つたもの」であり、前文における「正当に選挙された国会」の規定は帝国議會を「擬制」とすることによって生かされているとの理解を示している。同上書、一九ページ。

- (4) 同右、*「はしがき」*。
- (5) 牧野、前掲(三の注1)『刑法の三十年』六〇ページ。
- (6) 牧野 *「わたくしの著述」*。前掲(三の注8)『法律における思想と理論』所収。同書五二五ページ。
- (7) 牧野 *「三箇の問題―新学年に対する開講の辞として―」*『法学志林』第二六卷第六号、一九二四年六月。東京帝国大学における刑法講座担当者としての牧野は、毎年、開講の辞として問題提起的な発言を試みていた。一九二〇年代前半の例を挙げておく(数字は『法学志林』に発表された際の巻号)。
  - 一九二一年 *「意識的法律と無意識的法律」*(23—6)
  - 一九二二年 *「淳風美俗」と「美風良習」*(24—4、5)
  - 一九二三年 *「最近の法律現象としての調停及陪審」*(25—6、7、8)
  - 一九二四年 *「三箇の問題」*(26—6)
  - 一九二五年 *「グローティウスを基点として」*(27—6)
  - 一九二六年 *「法律学の新しい目標」*(29—1)
- (8) 牧野 *「焼け跡の仮小屋問題」*『法学志林』第二五卷第一〇号、一九二三年一〇月。この論文は、最初『東京日日新聞』一九二三年一月二〇日付に発表された時事論文であったとされている。のち『生の法律と理の法律』の有斐閣、一九二六年、に所収。後日、牧野は、時事問題を基点として法の論議を展開した牧野の仕事を批評してくれたのは平野義太郎だけであつたと述懐している(前掲、三の注1、『日本法的精神の比較法的自覚』一二九ページ)。
- (9) 牧野 *「わたくしの著述」*。前掲(三の注8)『法律における思想と理論』所収。
- (10) 大震災の時、牧野は東京地方裁判所の借地借家調停委員として「調停制度の發揮した効果について一種の体験」をもつていた。後日、牧野は言う。調停制度は「要するに常識裁判」なのであり、「それは実に、従来の法律を否定し、従来の法律家を否定し、そうして、更に従来の裁判所をさへ否定して、事を専ら健全な社会の通念に訴え、そこに新たな

法律生活を創造しようとするものであります」(前掲、三の注2、『法律との五十年』六四ページ)。一九一九年に発足した臨時法制審議会への参加も、牧野における積極的な「法律生活を創造」する活動の現われとなっていた(前掲、三の注1『日本法的精神の比較法的自覚』二二ページ以下参照)。なお、関東大震災との関連では、牧野が地震約款について付合契約(付従契約)論を説き、「一方が、他方の定めた所に付従することに依つてのみその契約が成立する」保険契約について、「資本主義の高度化」への対応としての「契約法の公法化」を求めている点も注目される。牧野の付合契約論については、牧野『法律における具体的妥当性』有斐閣、一九二五年、二五八ページ、および『民法の基本問題、第五篇』一九四一年、有斐閣、二一五～二一六ページ等を参照。

(11) 牧野『最後の一人の生存権』人道社、一九二四年、参照。牧野『一洋会の一夜』『法学志林』第二七巻第一号、一九二五年一月、をも参照。これらの論稿も『改造』一九二四年一〇月号などに発表された時論であった。

(12) 右同『最後の一人の生存権』四六ページ。

(13) 右同『最後の一人の生存権』二二ページ、九一ページ。

(14) 牧野は、半世紀経ってから明らかにしているのであるが、東京帝国大学法科大学卒業の年、一九〇三年の時点で、穂積陳重の法理学演習において「法律と社会主義」の課題に取り組んでいる(前掲、三の注2、『法律との五十年』一五〇ページ)。ちなみに、日本の社会主義者が社会民主党を結成したのは一九〇一年であった。牧野の学生時代の論文として『独逸民法と労働者』(『明治法学』一九〇二年)があるとされている(前掲、三の注5『刑政』新第二巻第五号による)。

## 五 非常時立法体系における「生存権」の転回

憲法議會における政府改正案の審議過程で、牧野英一は、基本的人権の主内容として「生存権」の原則的位置付けを論じた。牧野が自由法思想における「法律の社会化」認識の結晶として、半世紀近い学究生活のすべてを賭けて来たと言える「生存権」原理である。戦前の学界における論争の経過、判例における積み上げの実績などの学説史的経過が、「生存権」を新憲法の原則として確定するにあたり、その論拠として説明されるのが当然であつた。それにもかかわらず、なぜか、牧野は、貴族院本會議における質問演説において、大日本帝国憲法体制下における「生存権」原理をめぐる苦闘の経過と経験への言及を避けた。

憲法改正が政治課題となり、政府改正案が姿を現わしたところから、牧野の新憲法に関連する講演、論評活動は活発になつた。そこでは、しばしば「生存権」が論じられた。第二次大戦終了直後の段階で、牧野が「生存権」について語る時、特徴的なことは一九一九年のワイマール憲法、一九三六年のスターリン憲法、一九四六年のフランス憲法、一九四七年の中華民国憲法が比較法学の視点から挙げられていることである。<sup>(1)</sup> ワイマール憲法における「人間にふさわしいあり方」(Menschenwürdiges Dasein) 規定を参考例として挙げながら「生存権」を説く牧野の比較法論は戦前から見られた論調であり、その論調が新憲法第二十五条第一項との関連で再現しても不思議ではない。だがその際、戦前においては何回となく繰り返されていた「仮小屋」問題についての判例から「生存権」を論証する社会法学的手法についての自己評価がそこで再演されることはなかつた。それはなぜであつたのか。

牧野は、一九三七年の國家總動員法の出現に直面して以降、日本の社会における新たな法現象である非常時法体系

の形成に注目し、それを積極的に評価した。その際、牧野は非常時法体系を肯定する論理の中へ「生存権」原理を解消させていたのである。一九四六年の段階で、日本の近代法制史を語る方法で「生存権」原理を確認する理論的立場は、牧野の場合、失われていた。この時点の牧野には比較法学の立場で「生存権」を語る方法しか残っていなかったのである。

では、一九三〇年代後半以降、非常時法体系を、牧野はどのような論理構成で肯定していったのであったか。そこで社会法学はいかに変質されていたのであったか。牧野における非常時法体系は認の過程を後追いつけることは避け、牧野が到達した結論の要点のみを拾い上げて見ることにしたい。牧野の『非常時立法の発展』（有斐閣、一九四一年）からの摘記である（ページ数は同書のもの。小見出しは引用者）。

#### 〔国家の生存権〕

これを、敢てわたくしの用語をもつてすれば、今、『国家の生存権』を拡充するためには『最後の一人の生存権』が保全されねばならぬ、といふことになるのであり、『最後の一人の生存権』が保全されることに因つて『国家の生存権』がやがて拡充される、といふことになるのである。（八ページ）

#### 〔国家主義〕

われわれの国家主義とするところのものは―わたくしの用語をもつてすれば、『国家の生存権』―個人乃至個人的ものの上に国家として高く意識されねばならぬところの国家理念を意味するものである。（二八ページ）

#### 〔生存権―生硬な術語〕

抑も、何が故に生存権といふ語がしかく一部の人人から厭はれたのであらうか。わたくしは、その語が、一種の政治的な



連想を伴ふものであることを知つてゐる。されば、十九世紀における社会的闘争の沿革が、その語に反映されてゐることを考へねばならぬので、固より、かやうな、さらぬだに生硬な術語が、法規の上に用ひられるべきではないのは勿論のこととしよう。(四三ページ)

〔社会化としての統制主義〕

しかし、わたくしとしては、今日、しかく、統制主義とせられ全体主義と呼ばれるものが、実は、わたくしの年来のいはゆる『法律の社会化』を出でないのであることを考へねばならぬのであり、さうして、それ故に、統制主義は、二十世紀における法律文化の当然なる軌道を示してゐるものである、とせねばならぬのである。(七六ページ)

〔国家総動員法―現代法の全部〕

この法律(国家総動員法―引用者)は、その性質上単に戦時法として制定されたものであるが、しかし戦時に代へて平戦を別たざるものとし、国防目的といふに代へて国家そのものの目的とし、国の全力を最も有効に發揮せねばならぬものとして見ると、それは、実は、二十世紀における現代法の全部にわたる精神でなければならぬのである。(二五九ページ)

〔自由法論の帰結―新体制〕

さて、自由法論は概念法学の伝統的な方法から自由に解放されて、法律学が実体的な論理に依り構成しなほされねばならぬことを主張するのであるから、新体制として、今、世の意識に上つたところのものは、われわれの久しく説き来つたものに外ならぬのである。(二三三ページ)

〔国民社会主義―公益優先〕

わたくし自身としては、何故にナチス綱領がかやうな標語(「公益優先」Gemeinnutz vor Eigennutz―引用者)を特に掲げねばならなかつたかを怪しんでゐるのであり、実は、かやうな標語に現はれてゐる趣旨を、由来、当然視して、わたくしの自由法論を構成し主張してゐるのである。(二五二―二五三ページ)

〔新しい法律学〕

法律における新体制の意義が、如上論じ来つた如きものであるとするならば、それは実は、われわれが、自由法論の名称を用ひて、すでに約四十年にわたり、主張をつづけて来つたものに外ならぬのである。それは、その意義において、二十世紀における新しい法律学であるのである。(二七三—二七四ページ)

自由法思想は、非常時法体系の出現に遭遇した局面で、信義則、教育刑論、私的所有の公的規制論など、それまで「法律の解釈は無限なり」として法の動態における二〇世紀的「社会化」を直視したその成果を、総体として、解体する方向で、「法律における新体制」へ組み込ませてしまつたと見るべきであらうか。

「生存権」について見れば、「さらぬだに生硬な術語」としたのであり、自由法思想の帰結としての最も重要な規定を放棄した事実を確認出来る。この点だけで見れば、自由法思想は明らかに非常時法体系へ取り込まれているのであり、自由法思想は非常時法体系に屈伏したと言えよう。だが、次のような例で取り込まれの具体的姿を見ると、そこには、必ずしも取り込まれのみであつたと一面化できない経過を見出すことができるのである。

一九二〇年代初頭に確立された調停制度は、牧野によつて「法律の社会化」を確実にする創造的なデュー・プロセスと評価されていた。その牧野からすると、一九三二年の金銭債務臨時調整法は、「仮小屋」問題で評価した借地借家調停法が小作調停法に展開した文脈において積極的肯定的な評価が与えられる対象となつた。<sup>(2)</sup>ところで、牧野が肯定し評価した一九三二年の金銭債務調整法とは、農村救済を目的とする農村更生運動を担う法的措置であつた。牧野における調停制度評価は、非常時法体制へ確かに取り込まれた。しかし、その取り込まれは、同時に実定法主義に対する自由思想の陵駕の確認ともなつていた。取り込まれた局面と共に取り込んだ局面があつたのである。

牧野の主張する信義則は、可罰行為の要件として違法性のみでなく公序良俗への背反を挙げるべきであるとしていた。<sup>(3)</sup> その牧野は、一九三八年における不作為犯の成立について次のような評価を与えることになった。「おそらくは、判例は、わたくしの年来の所論に依つてかやうな態度を定めることになったのであらうと思ふ。ただ、非常時思想の一面として、判例は、単に公序良俗といふことをもつて満足しないのであつた。さうして、更に忠孝仁義を説き、国俗としての勇怯論を引合ひにさへ出さねばならなかつたのであるが、要するに、やはり、公序良俗論に帰著するのであつた」。<sup>(4)</sup> この場合、牧野の公序良俗論が「忠孝」や「国俗」に取り込まれていただけではなく、公序良俗論が「忠孝」や「国俗」を組み込んで確定されているとは見るべきでないであらうか。少くとも、牧野の内面における論理操作は、後者ではなかつたかと思われる。

ところで、自由法思想の非常時立法体系への意識的な組み入れ作業も、牧野においては論争を伴うことになった。それも年来の論争相手であつた小野清一郎を相手とする論争である。論点は、自由法思想と実定法主義との対立点から移行された自由法思想と日本法理との関係という新たな対立点に置かれた。

小野との論争で、牧野は、小野の言う日本法理を安易に認めない立場を一貫させたが、日本法的精神としての意味内容における日本法理については、自由法思想がむしろその担い手になっているとする位置付けを試みた。あるいは、あえてそのような論駁の方法を採つた。そこでは、自由法思想の非常時立法時立法体系への組み込みが再確認されることになった。この点においても、牧野の組み入れ作業についてはその底意をはかる必要が出て来るのである。

かつて応報刑主義の立場から牧野の教育刑論を「市民国家的功利主義」であると批判していた小野清一郎は、一九四〇年代前半の時点で、日本法理なる立場から牧野の「社会法」思想・自由法思想を「社会民主主義的・社会自由主

義的傾向」にあるとする批判を加えるようになった。小野によれば、「我が明治以降の法学」は、性法学、自然法学、実定法学、概念法学、社会法学、自由法論、全体主義、の四段階を経て来たのであった。そして、全体主義の現段階において反省されるのは「従来の法学が西洋法学を学んだことは誤つてゐない。日本法理を忘れ、日本道義を自覚しなかつた点に其の誤謬があつた」ことであつた。<sup>(5)</sup> 小野の言う全体主義はナチズムのそれとしてではない、日本法理としての全体主義であつた。

第一次世界大戦の末期から社会民主主義思想が広まつたが、牧野の唱える「法律の社会化」などその代表例であつたと小野は見なした。つまり、小野の四段階論によつて、社会民主主義は全体主義によつて克服されたのであり、自由法思想も終焉の段階に到達したとされたのである。そして、現段階は全体主義でありその内容は日本法理であるとされたのであるが、小野は、まさにこの日本法理への目覚めにおいて牧野の法理論に訣別したのであつたとも述べた。

しかし其の根本を為すものは結局西洋近代の倫理思想を地盤とする進化観念であつて、日本における歴史的発展の立場に立つものではない。私が博士（牧野―引用者）の謂ゆる「実証的なものから普遍的理念を構成する」といふ方法に対して、「存在から応当は引き出せない」といふ疑問に逢着したのは、単なる形式的論理の行きづまりではなかつた。<sup>(6)</sup> 我々の日本歴史的、日本精神的な立場における新たな実践的直観の契機を必要とするといふ意識が其の根柢に在つたのである。

このような批判を受けた牧野の小野に対する反論は、何よりもまず小野の言う「我が邦に発展した法学」の内容は自由法学ではなかつたか、と近代法制史の事実認識を問うものとなつた。「明治四十年代」以降の法現象を「社会化」

と呼んだのは「私」であつたかもしれないが「社会権」と規定されたのは穂積陳重先生ではなかつたか、とする論証を重ね合せる論法で、牧野は小野に反論を加えた。要するに比較法学の方法で日本の社会における法体系の近代化合理化に取り組んで来た「われわれの先輩の業績に對し甚しく礼を失するもの」ではないか、と牧野は小野に言いたかつたのである。<sup>(7)</sup>ただし、これは牧野の小野に對する反論の前置きであつた。

牧野による反論の本論は、小野の批判を逆手に取つて、日本法理とは日本法的精神のことであろうがそれなら自由法学派が早くから志向していたものであつたとする論理において展開された。小野は社会民主主義を「誣言」に近い形容の語として使っているが、社会民主党の施設の改良としてナチス・ドイツがその上に出て来ているのではなかつたか、法の転換とは実定法体系からの転換ではなかつたか、物と人に対する統制や刑罰の強化、さらに保安処分は、応報刑主義ではなく教育刑論によつて可能となる非常時立法ではなかつたか、と批判者の論理をそのまま逆転させて反論の論理とする手法が、牧野によつて徹底して使われた。<sup>(8)</sup>それはまさに「日本法的精神の比較法的自覺」の論理であつた。

論争の相手の論理を逆に使用する方法は、鋭い反論を生み出す手法であつたが、反論を加える前提として論争の相手が設定した土俵に上がることを意味する。牧野は、非常時法体系の土俵に上がつた。この点については、次の二例を挙げさせていただく。

重ねていへば、『人たるに値ひする生活』の保障と『所有権は義務を伴ふ』との原則は、やはり、日本法理としてわが国にも妥当し得るものであるまいか。否、われわれは、ワイマール憲法に先だつ五十年、すでに五箇条の御誓文において、か

やうな法律的理念を示されてゐた、とすべきではなからうか。これは、わたくしの年来明かに論じ来れるところであるにかかはらず、わたくしの所説に対する批評家（特に小野教授）は、この点を閑却してゐられるのでなからうか。人権宣言からワイマール憲法へわたつての比較法学的資料に依つてわが五箇条の御誓文を考察しなほすといふやうなことは、いはわる日本法理的方法ではないにちがひない。しかし、五箇条の御誓文における日本法理は比較的方法に依つて特に明かに自覚し得られるのである。……

ナチス法律学は、比較法的資料として、わが国の立場から見ては修正すべき多くのものを有つてゐるのであるけれども、しかし、又、その比較法学的所与に依つて、わが国の立法と解釈にも按排すべき幾多のもののあることが、疑なき事実である。わたくしも、亦、かやうな立場からいへば、ナチスの立法と法律学とについて、わが国のために若干を論じ来つてゐるのであり、又、その意味においては、小野教授のいはゆる『社会民主主義』から『全体主義』への転換を取てした者の一人であらう。わたくしは、その間において、『無意識的』ではなく、十分意識的に、『日本精神』を『働』かせてゐるつもりである。<sup>(9)</sup>

ここで、牧野の自由主義法学における非常時立法体系への取り込まれ、あるいは組み込みのバランス・シートを作るとどうなるであらうか。先に見た「生存権」規定の実質的な否定と国家総動員法の肯定は、第二次大戦後、前者は再確認へ、後者は原理的欠点の指摘へと評価の再転換が必要とされる項目であつた。共に、基本的人権の文脈で再転換がなされている。<sup>(10)</sup> この決済からは、組み込みではなく取り込まれの実態が確認されることになる。

牧野は、日本国憲法の解釈学において、あえて、「非常時立法の文化的意義」を確認している。非常時立法は完全な体系を成すところまで展開されなかつたが、戦後の今、「社会学的にこれを考察」するならば、「われわれは、そこ

に重要な社会的意義を発見し得る」とする見解が牧野の新憲法解釈論とされている。<sup>(11)</sup> 非常時立法は、公益優先の原則、最低生活の保障、総力主義、科学主義、勤労主義の五原則において二〇世紀憲法としての新憲法の「先駆者」になっているとの評価である。<sup>(12)</sup> この牧野の理解においては、国家総動員法も悪用され濫用されたが人的物的資源の統制策であつたのであり、その点では「再建日本」のための「国民的統合の強化」策として改めて評価されるべき対象となる。<sup>(13)</sup> 牧野自身としては、自由法思想は未完の非常時立法体系を包み込んだと総括されているのである。

だがここには、牧野の法理学における論理上の乱れがあり、強弁があることを指摘せざるをえない。牧野は、一度は、社会法学の、そして自由法学の基点としての一九世紀的個人主義原理を放棄したのである。「五箇条の御誓文」(二八六八年)「帝都復興に関する詔書」(一九二三年)「朝見の儀における詔書」(一九二六年)などを「法の社会化」を説く論拠に使つた牧野であつた。だがその際、論理展開の起点としての個人主義的自由主義原理が見失われることはなかつた。ところが、自由主義法学が非常時法大系への対応に包摂方式を選んだとき、そこに待ち構えていたのは地獄の門であつたのである。自由主義と個人主義のすべてを脱ぎ捨てて、「社会化」の一点で非常時法大系を包摂したとき、包摂は取り込まれる牧野の観念にのみ存在していた。原理的立場を見失つた主観的包摂は、体制の側からする「抱き込み」とはなつても体制批判勢力の「割り込み」にはならなかつた。<sup>(14)</sup>

(1) 前掲(三三の注12)『新憲法と法律の社会化』七三ページ、九六ページ。同上『新憲法と新法律』二二ページ、三四ページ、など。

(2) 前掲(三三の注1)『日本法的精神の比較法的自覚』二三五ページ。牧野の『民法の基本問題』第四篇は、非常時立法

としての金銭債務臨時調停法において信義則展開を見る新考察としてまとめられることになったとされている(同上)。

(3) 前掲(三の注1)『刑法の三十年』一一八ページ以下における「行為の違法性」を参照。

(4) 前掲(三の注1)『日本法的精神の比較法的自覚』二四三ページ。

(5) 小野清一郎による牧野批判は、小野の『日本法理の自覚的展開(上・下)』『法律時報』一九四二年二月、三月、による。

(6) 同右。一九四一年二月八日の日米開戦直後の時点で、小野の日本法理論展開が開始された。『法律時報』一九四二年三月号には、小野論文のほか、田岡良一によるハワイ奇襲攻撃と国際法、平野義太郎による大東亜共栄圏とマレー諸島、などの論稿が掲載されている。

(7) 前掲(三の注1)『日本法的精神の比較法的自覚』一〇二ページ、七一ページ、一四ページ。

(8) 同右、一五六ページ、一六四ページ、三六一ページ、二八九ページ。

(9) 同右、二二八ページ、二五四ページ。

(10) 牧野は、ワイマール憲法を参照しつつ、基本的人権の「憲法事項」としての高みにおける主要内容として、新憲法の「生存権」を位置づけた。そのことは、同時に、旧憲法が基本的人権を「立法事項」としていたが故に「国家総動員法のようなものができるに至った」とする反省を含んでいた。牧野の新憲法解釈は、さすがに、非常時法大系をそのまま肯定、継承する議論にはなっていないかった。前掲(三の注12)『新憲法と法律の社会化』七三ページ、七一ページがその例である。

(11) 同右、二三一ページ。

(12) 同右、二二七ページ。

(13) 牧野における私法の領域への自己限定は、学問的禁欲であるとともに、公法の世界において不可避となる君主制原理との真正面からの対峙を回避する思慮に基づくものであったと思われる。そして、その回避は、実は神権君主制を「法



の「社会化」に包み込む英知を秘めるものであった。そのような英知が、象徴天皇制に対しても発揮されていたと見て間違はないであろう。ところで、この牧野の私法の領域における英知は、美濃部達吉の公法の領域における英知を無言のままに継承し、役割分担を自覚するものとなっている。牧野はすでに一九二四年の『三箇の問題』（四の注7）で、国家主権を「仮説」とし、国家主権を「主体」ととらえることを拒否し、「国家の主権は、其の機関たる何人かに依つて行使されねばならぬ」（同論文七ページ）としていた。

(14) 明治期の立憲政治体制の主特徴を、その「抱込み割込み体系」においてとらえる視点（コーポラティズム<sup>1)</sup>）を参考にしたい。升味準之輔『幕末維新、明治国家の成立』（日本政治史1）東京大学出版会、一九八八年、一五四、二〇四、二七五ページ。

## 六 「生存権」と個人主義的自由主義

### ——結びとして——

日本国憲法第二十五条第一項「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」を、美濃部達吉は、国民のもっている「受益権の一種」であるとした。<sup>1)</sup> 我妻栄は、第二十五条だけでなく教育権に関する第二六条、勤労の権利と義務に関する第二七条、団結権・団体行動権に関する第二八条を一括して、自由権的基本権と区別される「生存権の基本権」であるとした。<sup>2)</sup> 中村哲は、「勤労者の権利、社会生存権」などは、その性質から言えば「受益権の一種であることはいうまでもない」としながら、その内容から見て「一九世紀の基本的人權とは異なる一連の新らしい社会主義的内容」をもっていると指摘した。<sup>3)</sup> 「生存権」をめぐる論議は、日本国憲法についての学史において一貫し

て追究される主要な争点の一点となっている。

美濃部、我妻、中村の三説は、「生存権」をめぐる論議の起点を構成する学説になっていると見受けられたので挙げたものである。<sup>(4)</sup>最近では、日本国憲法前文における「平和のうちに生存する権利」への注目が「平和的生存権」なる把握を生み出し、憲法前文の「平和的生存権」において「憲法上の基本的人権の総体」がとらえられる、とする学説が述べられている。<sup>(5)</sup>

今日、「生存権」規定をめぐる論議を通じて明らかにされた重要な論点は、「生存権」を「社会権」として基本的人権範疇から突出させる位置付けがかえって「生存権」規定をプログラム規定として空文化させてきたものではなかったかと反省する点に置かれている。基本的人権の今日的形態として「社会権」があり、その軸としての「生存権」があったのであって、「生存権」が、市民法体系において胚胎されたにもかかわらずやがて市民法の枠を突破する鋭さをもつ社会法である、と位置付けられ期待されたのは妥当ではなかったとする理解である。<sup>(6)</sup>日本国憲法が数十年の歴史の検証を経て、その結果、「生存権」規定が基本的人権との関連で位置付け直されるべきであるとする理解に今更ながらに到達したということは、何を意味しているのだろうか。

市民法の枠を突破したところに想定された彼岸としての社会主義理念が、市民法の枠内に自生した「社会化」の動向を定着させる成果を挙げることが出来ず、逆に空洞化させてしまったという戦後民主主義の実験結果がそこに呈示されていると見るべきであろう。だが、今ここで、社会主義概念について論及することはおそらく妥当ではあるまい。<sup>(7)</sup>ここでは、そのような実験結果をもたらす下地となったと見ることの出来る一法学者の半世紀を超える試行錯誤の結果の、多分その一端の、内容を確認するに留まることにしたい。

牧野は、ナポレオン諸法典における個人主義的自由主義が日本の社会に導入され、国会開設に先立って「明治十五年」の刑法となり、そこで罪刑法定主義を確立したことの意義を忘れることはなかった。牧野は、「明治十五年」の刑法で「まづ、民権を確立したことになる」と評価し、「わたくしは、明治文化の所産たるこの旧刑法に依つて、まづ、法律学の教育を受けたのであつた」と誇らしく語つていた。<sup>(8)</sup>その牧野であつたが、非常時法の体系を法の進化と見るだけでなく「非常時法の恆常化」と受け取つた時、「民法よ、さやうなら」という標語の受容だけではなく、「従来の刑法理論に対して『さやうなら』をせねばならぬことになるのである」とする判断が下されている。<sup>(9)</sup>個人主義的自由主義原理の展開として「法律の社会化」が直視されただけでなく、個人主義的自由主義原理の放棄によつて「新しい法律学」が確立されたとする判断がなされたのである。牧野は、一度は「新しい法律学」に取り込まれたのであつた。そのような牧野であつたが、第二次世界大戦後の憲法議會においては、再び一九世紀的基本的人権の意義を踏まえつつ、そこを基底に、二〇世紀的展開としての「生存権」の意義を強調した。最後に、牧野の次のような見解を紹介しておきたい。

基本的人権ニ対シテハ単ニ消極的ナ意味ノモノデアアルニ過ギナイト致シマスルナラバ、ソレハ政治ノ出発点トシテ、最小限度トシテ成ル程ト云フダケノモノデアリマス、将来ニ互リ我が国ノ憲法トシテ国家発展ノ原則、生生ノ原理ヲ据付ケタモノト云フ訳ニハナリマセヌ、<sup>(10)</sup>

このように演説した時、牧野は、個人主義的自由主義の放棄が非常時法体系への取り込まれになつた「法律の社会

化」論における「生存権」原理の苦い経験を、どの程度、自覚的にとらえ直していたのであったであろうか。

ともあれ、大日本帝国憲法の全面的改正は、占領軍司令部原案に、半世紀に亙る旧憲法体制下法運用の実態をふまえた理論的凝集点における修正が加えられることによってなされたのであった。日本国憲法は、形成過程に自生的要因を含むことによって、総体として、「腑分け」を許さない歴史的重みを示すものとなっている。貴族院における牧野の「生存権」原理の再確認は、その一例証になっていると言えるよう。

(1) 美濃部達吉『日本国憲法原論』有斐閣、一九四八年、一八四ページ。

(2) 我妻栄『基本的人権』。国家学会編『新憲法の研究』有斐閣、一九四七年、所収、同書、八四ページ。我妻は、ワイマール憲法をモデルに「国家協同体理念の顯現」を媒体とする人権の「保障」に二〇世紀の憲法の特徴を見出している。

(3) 中村哲『日本国憲法の構造』一九五六年、御茶の水書房、二二三ページ。中村は、社会的基本権の場合は「人間の権利」としてではなく「市民として、国民として持つ特殊な権利」であって、それはイェリネックⅡ美濃部達吉のいう積極的身分(positive status)に基く権利であると「受益権」を解説している。したがって、「社会権」による市民法原理の突破論には慎重であった。

(4) おそらく学界における異説と位置づけられていたのではないかと思われる見解として、長谷川正安の『憲法学の方法』日本評論新社、一九五七年、における「社会主義的憲法意識」論があることを指摘しておきたい。長谷川は「生存権」のほか団結権・団体行動権に第二九条の財産権の制限条項を加え、その総体を「社会(民主主義)的諸規定」とし、そこに「福祉国家の思想」を見ている(同書、一〇一ページ)。そうとらえた上で、長谷川は「昭和憲法のもとでは、相当程度の日本の革命化は可能なのではないか」との見通しを述べた(同書、一八一ページ)。もっとも、日本国憲法の総体を通じて日本社会の「革命化」、すなわち社会主義への移行の可能性を見ようとする長谷川の「社会主義的憲法

意識」論の核心部分は、やがて長谷川自身によって全面的に「削除」されている（『新版憲法学の方法』日本評論社、一九六七年、参照）。

- (5) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』岩波書店、一九八七年。「平和的生存権」の定義内容については、同書、二二七ページ。

- (6) 憲法理論研究会シンポジウム『「社会権」の再検討』『法律時報』一九七一年一月、参照。このシンポジウムで、「生存権」概念の日本近代法発達史に張っている根の深さが検討の対象とされていないのは意外であった。すでに一九五四年、「現在の生存権の憲法的保障が敗戦によつて突如としてあらわれたものではないと確言できる」としている例があるのである。松尾敬一『近代日本における生存権思想の展開』『神戸法学』第四卷第三号。

- (7) たとえば、生存権の憲法的規定を受けて、市民自由・市民福祉を主内容とする「市民革命」の進行を戦後民主主義に見出そうとする社会主義論などを、論及課題として想定することができる。松下圭一『市民福祉の政策構想』『中史公論』一九七六年六月、のち『昭和後期の争点と政治』木鐸社、一九八八年に所収。

- (8) 前掲（三の注1）『刑法の三十年』八ページ。

- (9) 牧野『非常時立法の発展』有斐閣、一九四一年、一四七ページ。

- (10) 『第九十回帝国議會貴族院議事速記録、第二十四号』一九四六年八月二八日、二六一ページ。